

Tilburg University

## De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)

Hoogeveen, Mascha; De Beer, A.M.A.

*Published in:*  
Weekblad Fiscaal Recht

*Publication date:*  
2016

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Hoogeveen, M., & De Beer, A. M. A. (2016). De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II). *Weekblad Fiscaal Recht, WFR*(2016/183), 1164-1174.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

WFR 2016/183

# DE 100%-VRIJSTELLING: AANPASSEN OF AFSCHAFFEN (II)

MR. A.M.A. DE BEER EN MEVR. MR. DR. M.J. HOOGEVEEN<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Bij amendement van Cramer c.s. is de vrijstelling voor de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of erfrecht gewijzigd in die zin dat een deel van de verkrijging wordt vrijgesteld tegen 100% en een deel tegen 83%.<sup>2</sup> Het deel dat voor 100% wordt vrijgesteld, is gerelateerd aan de waarde die de verkrijger verkrijgt in de achterliggende objectieve onderneming. Aangezien het amendement budgettair neutraal moest zijn, is de verhoging naar 100% gecompenseerd door het restant van de verkrijging vrij te stellen tegen 83%, in plaats van de eerder voorgestelde 90%. Het amendement beoogt het mkb-bedrijf meer van de vrijstelling te laten profiteren dan het grootbedrijf. De wetgeving is echter gecompliceerd te noemen.<sup>3</sup> Hoewel de staatssecretaris in 2011 heeft aangegeven op dit punt met voorstellen te komen tot vereenvoudiging van de bedrijfsopvolgingswetgeving, heeft hij daarvan in 2014 afgezien, omdat de complexe berekening als gevolg van de gedifferentieerde vrijstelling voor de

Belastingdienst niet leidt tot onoverkomelijke problemen.<sup>4</sup> In twee bijdragen onderzoeken wij of deze veronderstellingstelling juist is. In onze vorige bijdrage 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (I)' (WFR 2016/161, hierna: bijdrage I) hebben wij laten zien dat dit niet het geval is ten aanzien van een verkrijging van ondernemingsvermogen in de winstsfeer. In deze bijdrage onderzoeken wij of hetzelfde geldt voor een verkrijging in de aanmerkelijkbelangsfeer.

## Methodologie

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de doelstelling van de wetgever met de 100%-vrijstelling wordt bereikt. Tevens onderzoeken wij of de 100%-vrijstelling in de praktijk inderdaad niet tot onoverkomelijke problemen leidt, zoals de staatssecretaris beweert. Een deel van dit onderzoek heeft reeds plaatsgevonden in bijdrage I (WFR 2016/161). In onderdeel 2 herhalen wij kort onze bevindingen voor de winstsfeer en geven wij aan of deze bevindingen ook gelden voor de aanmerkelijkbelangsfeer. In onderdeel 3 t/m 6 zoomen wij specifiek in op problemen die zich alleen in de aanmerkelijkbelangsfeer afspelen. Deze problematiek gaat met name over de vraag wat tot het objectieve ondernemingsvermogen behoort (onderdelen 3 tot en met 5) en over de vraag of de schenker of erflater in de aanmerkelijkbelangsfeer meerdere objectieve ondernemingen kan hebben (onderdeel 6). In onderdeel 7 geven wij onze conclusie.

1 A.M.A. de Beer is werkzaam bij Bureau Vaktechniek fiscaal, Grant Thornton, vestiging Rotterdam. M.J. Hoogeveen is als universitair docent verbonden aan het Fiscaal Instituut van Tilburg University en werkzaam bij de Belastingdienst.

2 Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 79 (ter vervanging van amendement nr. 53).

3 E.J.W. Heithuis, 'Een ongelukkig amendement', WFR 2010/348. Zie voor kritiek ook T.C. Hoogwout, 'Nr. 79', FTV 2010/5; M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 408; S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: vragen, antwoorden en nieuwe vragen...', in: *De gewijzigde Successiewet. M.i.v. 1 januari 2010, par. 2 en 3.2*, Tilburg: BDO Private Wealth Fund 2010. Bundel te downloaden via [www.uvt.nl/webwijs/show/?uid=i.j.f.a.vvijfeijken](http://www.uvt.nl/webwijs/show/?uid=i.j.f.a.vvijfeijken); S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenken erfbelasting', TFO 2010/25, § 3.1 en § 8. Estate Tip 2010-37 en J.C.L. Zuidervijk, 'Praktijkupdate bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956', KWEP 2013/11, § 3.

4 Handelingen I 2010/11, nr. 13, p. 5 r.k. en Kamerstukken I 2010/11, 32 504, G, respectievelijk brief van de Staatssecretaris van Financiën van 25 april 2014, nr. AFP/2014/302, p. 7, V-N 2014/25.5.

## 2 Conclusies winstsfeer ook voor aanmerkelijkbelangsfeer?

### 2.1 Omissie ten aanzien van schulden

In onderdeel 3.2.3 van bijdrage I (*WFR* 2016/161) hebben wij aangegeven dat in art. 7 lid 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken wel tot de objectieve onderneming worden gerekend en de schulden die daarmee samenhangen niet. Aangegeven is dat dit waarschijnlijk berust op een omissie. Voor de aanmerkelijkbelangsfeer geldt voor art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting mutatis mutandis hetzelfde voor de schulden die betrekking hebben op ter beschikking gestelde onroerende zaken.<sup>5</sup>

Bijzonder is overigens dat ook bij de bepaling van de grondslag ex art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956, waarschijnlijk eveneens abusievelijk, de schulden evenmin in de grondslag voor de bedrijfsopvolgingsregeling zijn begrepen. Deze bepaling geeft namelijk aan dat alleen de ter beschikking gestelde onroerende zaken tot het kwalificerende ondernemingsvermogen worden gerekend. Er wordt ook hier met geen woord gerept over de daarmee samenhangende schulden die ook tot het resultaatvermogen behoren. Naar onze mening zou art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 op dit punt moeten worden aangepast in die zin dat ook de schuld tot het kwalificerende ondernemingsvermogen wordt gerekend. Deze aanpassing werkt dan tevens door naar de 100%-vrijstelling, voor zover het art. 35b lid 1, slotzin SW 1956 betreft. Deze bepaling verwijst namelijk naar art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956. In art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting moet nog wel expliciet worden aangegeven dat rekening moet worden gehouden met de schulden.

### 2.2 Onjuiste redactie wettekst

In onderdeel 4 van bijdrage I (*WFR* 2016/161) hebben wij laten zien dat art. 35b lid 1 SW 1956 onjuist is geredigeerd. Tekstueel sluit deze bepaling buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen, niet zijnde onroerende zaken, bijvoorbeeld helemaal uit. Daarnaast wordt in onderdeel a de hele verkrijging vrijgesteld indien de objectieve onderneming een waarde van € 1.000.000 niet overstijgt. Tot de verkrijging kan echter ook ondernemingsvermogen behoren dat niet tot de objectieve onderneming wordt gerekend. Een en ander heeft tot gevolg dat:

1. meer dan € 1.000.000 (cijfer: 2010) volledig kan worden vrijgesteld;
2. ondernemingsvermogen dat niet tot de objectieve ondernemingsvermogen behoort toch volledig kan worden vrijgesteld; en
3. er ongewenste schokeffecten kunnen optreden.

Deze gevolgen doen zich voor als tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort dat niet tot de door de wetgever gedefinieerde objectieve onderneming wordt gerekend. Dit speelt in de winstsfeer met name in de situatie dat er buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen wordt verkregen dat niet bestaat uit onroerende zaken.<sup>6</sup> Op grond van art. 7 lid 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting behoort dit vermogen niet tot de objectieve onderneming. Voorbeelden van dergelijke vermogensbestanddelen zijn buitenvennootschappelijk gehouden machines, quota en vorderingen op de firma. Hoewel art. 7 lid 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting geschreven lijkt te zijn voor de winstsfeer (zie onderdeel 4.3 van bijdrage I, *WFR* 2016/161), is de daarin neergelegde beperking daartoe niet beperkt. In geval twee BV's ieder een 50% aandeel hebben in een VOF en één van die BV's heeft bijvoorbeeld een lening verstrekt aan de VOF, behoort die lening niet tot de objectieve ondernemingsvermogen van de betreffende BV. De hiervoor genoemde drie gevolgen doen zich daarom ook voor in geval van een samenwerkingsverband in de aanmerkelijkbelangsfeer. Uit het hiernavolgende zal blijken dat in de aanmerkelijkbelangsfeer er nog meer situaties kunnen zijn waarin tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort dat niet tot de objectieve onderneming wordt gerekend. In al die situaties doen zich dus bovengenoemde problemen voor.

## 3 Objectieve onderneming algemeen

### 3.1 Inleiding

Met de invoering van de 100%-vrijstelling heeft de "objectieve onderneming" zijn intrede gedaan in de bedrijfsopvolgingsregeling. Vastgesteld moet worden welk vermogen tot de objectieve onderneming behoort. In bedrijfseconomische zin is dat al het vermogen dat wordt gebruikt om de onderneming in de BV te drijven. Indien het vermogen dienstbaar is aan de onderneming zou dat vermogen dus kwalificerend ondernemingsvermogen moeten zijn. De wetgever heeft in de regelgeving om- trent de objectieve onderneming (onderdeel 3.2) op dit

<sup>5</sup> In art. 3.92 lid 1 Wet IB 2001 is wel rekening gehouden met de schulden die rechtstreeks samenhangen met de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen.

<sup>6</sup> De andere situatie is die waarin de objectieve onderneming als gevolg van een negatief maatschapsaandeel van één van de vennoten de waarde van € 1.000.000 niet overstijgt, terwijl de verkrijging wel groter is dan € 1.000.000. Zie onderdeel 4.2.3, bijdrage I, *WFR* 2016/161.

uitgangspunt echter twee inbreuken gemaakt (onderdeel 3.3). Wel heeft hij getracht geen onderscheid aan te brengen tussen de situaties dat het vermogen eigendom is van de werkmaatschappij, de (tussen)holding of van de aanmerkelijkbelanghouder(s). Ook heeft hij de objectieve onderneming in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelangsfeer zo veel mogelijk gelijk willen definiëren. Of dit helemaal is gelukt, onderzoeken wij in de onderdelen 4 tot en met 6.

### 3.2 Objectieve onderneming in de regelgeving

In art. 35b lid 1 jo. art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 jo. art. 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is bepaald wat in de aanmerkelijkbelangsfeer tot de objectieve onderneming moet worden gerekend. Het ondernemingsvermogen van de BV waarvan de aandelen worden verkregen behoort tot de objectieve onderneming (art. 35b lid 1 jo. art. 35c lid 1 onderdeel SW 1956).<sup>7</sup> Vervolgens zijn in art. 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting enige bijzondere voorschriften opgenomen ten aanzien van de bepaling van de objectieve onderneming in de aanmerkelijkbelangsfeer. Art. 7 lid 1 en 2 regelen dat buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken respectievelijk ter beschikking gestelde onroerende zaken tot de objectieve onderneming behoren. In art. 7 lid 3 is een bepaling opgenomen voor de situatie dat aandelen worden verkregen in een holdingvennootschap die niet de enige aandeelhouder van de werkmaatschappij is. In dat geval worden de bezittingen en schulden op grond van art. 35c lid 5 SW 1956 aan de holding toegerekend met inachtneming van de waarde van het aandeel in de werkmaatschappij. Art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bepaalt echter dat voor de bepaling van de objectieve onderneming ex art. 35b lid 1 SW 1956, deze bezittingen en schulden voor hun totale waarde in aanmerking worden genomen, voor zover het ondernemingsvermogen betreft.<sup>8</sup> Hierdoor behoort al het ondernemingsvermogen van de indirect gehouden werk-

maatschappij tot de objectieve onderneming. Op deze elementen van de objectieve onderneming wordt in de onderdelen 4 en 5 nader ingegaan.

### 3.3 Verschillen met de bedrijfseconomische werkelijkheid

Uit de beschrijving van de wettelijke regeling blijkt dat de definitie van de objectieve onderneming in ieder geval op twee punten afwijkt van de bedrijfseconomische werkelijkheid. Op het eerste verschil zijn wij reeds ingegaan in onderdeel 2.2. Dit betreft het door de BV's-firmanten buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen, niet zijnde onroerende zaken. Niet alleen leidt dit tot de problemen die wij daar hebben genoemd, maar het is ook in bedrijfseconomische zin onjuist om dit vermogen uit te sluiten van de objectieve onderneming. Zie hierover uitgebreider onderdeel 3.2.2 van bijdrage I (WFR 2016/161).

Ten tweede behoren alleen ter beschikking gestelde onroerende zaken tot de objectieve onderneming. Deze beperking is niet verrassend, omdat alleen dergelijke onroerende zaken tot het kwalificerende ondernemingsvermogen van art. 35c SW 1956 kunnen behoren. Ander ter beschikking gesteld vermogen is geheel van de bedrijfsopvolgingsregeling uitgesloten. Voor zover dit vermogen dienstbaar is aan de objectieve onderneming is dat naar onze mening echter onjuist. Dit vermogen zou in dat geval tot de grondslag van art. 35c SW 1956 moeten behoren en vervolgens ook tot de objectieve onderneming ex art. 35b SW 1956 moeten worden gerekend.

In de volgende twee onderdelen onderzoeken wij of de objectieve onderneming juist is gedefinieerd in geval van een enkelvoudige BV-structuur (onderdeel 4) en een holdingstructuur (onderdeel 5). Onderdeel 6 handelt over de vraag of een BV meerdere objectieve ondernemingen kan hebben.

## 4 Enkelvoudige BV-structuur

### 4.1 Algemeen

In geval van een enkelvoudige BV-structuur bestaat de objectieve onderneming in ieder geval uit de onderneming die de BV drijft.<sup>9</sup> De omvang van het verkregen aandelenbezit is niet van belang. Indien een aandeelhouder bijvoorbeeld 40% van de aandelen schenkt in een BV, behoort dus het volledige ondernemingsvermogen van de BV tot de objectieve onderneming en niet

<sup>7</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 2 en Toelichting Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, Stcrt. 2009, 20619, p. 10 (hierna: Toelichting).

<sup>8</sup> Om art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting te ontlopen, zou er voor gekozen kunnen worden om de holding er tussen uit te halen. Voor dit geval is daarom een antimisbruikmaatregel getroffen. Voor het geval een concernstructuur in het jaar voor het overlijden of in de vijf jaar voor de schenking is beëindigd, bepaalt art. 7 lid 4 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting dat de omvang van de objectieve onderneming wordt bepaald alsof de holding er nog wel zou zijn. Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, p. 7 en Toelichting, p. 11. Aan deze antimisbruikbepaling besteden wij in deze bijdrage verder geen aandacht.

<sup>9</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 2 en Toelichting, p. 10.

slechts 40% daarvan. Op grond van art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting worden tevens ter beschikking gestelde onroerende zaken tot de objectieve onderneming gerekend (onderdeel 4.2). Op de situatie dat de BV participeert in een samenwerkingsverband wordt ingegaan in onderdeel 4.3.

## 4.2 Ter beschikking gestelde panden

### 4.2.1 Algemeen

In art. 35b lid 1, laatste volzin SW 1956 is aangegeven dat bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat onroerende zaken als bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 tot de objectieve onderneming kunnen worden gerekend.<sup>10</sup> In art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is daartoe bepaald dat onroerende zaken “die op de voet van art. 3.92 Wet IB 2001 ter beschikking zijn gesteld” ook tot de objectieve onderneming worden gerekend, mits deze dienstbaar zijn aan de onderneming van de BV. Uit de Toelichting blijkt dat bedoeld is om ook rekening te houden met door *andere aanmerkelijkbelanghouders* ter beschikking gestelde onroerende zaken.<sup>11</sup> Vereist is dat de panden aan de BV ter beschikking zijn gesteld en dienstbaar zijn aan de onderneming van de BV.

#### Voorbeeld 1

Aandeelhouders 1 en 2 hebben ieder 50% van de aandelen in een werkmaatschappij. De onderneming van de werkmaatschappij is € 2.000.000 waard. Aandeelhouder 1 stelt verder een pand met een waarde van € 500.000 ter beschikking aan de BV. Het pand is dienstbaar aan de onderneming in de BV. Beide aandeelhouders schenken hun aandelen aan hun kinderen. Daarnaast schenkt aandeelhouder 1 ook het pand aan zijn kind. Kind 1 verkrijgt € 1.500.000 en kind 2 € 1.000.000. De objectieve onderneming bedraagt € 2.500.000. De verkrijging van kind 1 is dan voor € 600.000 ( $1.500.000/2.500.000 \times 1.000.000$ ) vrijgesteld tegen 100%. Bij kind 2 is € 400.000 ( $1.000.000/2.500.000 \times 1.000.000$ ) helemaal vrijgesteld.

De uitbreiding van de objectieve onderneming met ter beschikking gestelde onroerende zaken lijkt overigens niet goed uit te werken indien alleen de aandelen worden verkregen en het pand bij de voormalige aanmerkelijkbelanghouder niet langer meer ondernemingsvermogen vormt.

#### Voorbeeld 2

Als voorbeeld 1, alleen nu schenken de beide aandeelhouders alleen de aandelen. De verkrijging van beide kinderen is dan € 1.000.000. De objectieve onderneming bedraagt nog steeds € 2.500.000. Bij elk kind is dan € 400.000 ( $1.000.000/2.500.000 \times 1.000.000$ ) helemaal vrijgesteld.

In totaal is dus slechts € 800.000 voor 100% vrijgesteld, terwijl de verkrijgingen in totaal € 2.000.000 bedragen. Oorzaak hiervan is dat het pand, hoewel het geen deel uitmaakt van de schenking, wel meetelt als ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming.<sup>12</sup> Doordat het pand door de schenking “van kleur verschieft” van ondernemings- in beleggingsvermogen, zou dus een deel (€ 200.000) van de € 1 mio-vrijstelling definitief verloren gaan.

Naar onze mening bestaat er geen reden voor een dergelijke “korting” op de € 1 mio-vrijstelling. Vermogensbestanddelen die door de overgang van de onderneming niet meer als ondernemingsvermogen kwalificeren, zouden niet meegenomen moeten worden als ondernemingsvermogen voor de objectieve onderneming.

### 4.2.2 Onjuiste verwijzing naar art. 3.92 Wet IB 2001

Vanwege de beoogde parallel met buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogens achten wij de uitbreiding met ter beschikking gestelde onroerende zaken door andere aanmerkelijkbelanghouders juist. Immers, in geval van een verkrijging in de winstsfeer wordt voor de toepassing van de 100%-vrijstelling ook rekening gehouden met door andere firmanten buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken.<sup>13</sup> De algemene verwijzing in art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting naar ter beschikking gestelde onroerende zaken in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 lijkt echter op twee punten niet helemaal juist.

Ten eerste is het de vraag of de delegatiebepaling van art. 35b lid 1, laatste volzin SW 1956 de uitbreiding naar alle ter beschikking gestelde onroerende zaken in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 wel dekt. Immers, in de genoemde laatste volzin staat dat alleen nadere re-

<sup>10</sup> Dit geldt ook voor op de onroerende zaak betrekking hebbende rechten, zoals een recht van opstal of een recht van vruchtgebruik (art. 7 lid 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting jo. art. 35c lid 6 SW 1956).

<sup>11</sup> Toelichting, p. 10.

<sup>12</sup> Een soortgelijke situatie kan zich overigens ook voordoen in de winstsfeer. Bijvoorbeeld indien de onderneming wordt geschonken en er vermogensbestanddelen achterblijven bij de schenker.

<sup>13</sup> Dit neemt niet weg dat wij van mening zijn dat al het ter beschikking gestelde ondernemingsvermogen voor de faciliteiten zou moeten kwalificeren, voor zover uiteraard de vermogensbestanddelen binnen de onderneming in de BV worden gebruikt (zie uitgebreider onderdeel 3.3.1 van bijdrage I, WFR 2016/161).



gels kunnen worden gegeven over vermogensbestanddelen als bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956. Wil er sprake zijn van een dergelijk vermogensbestanddeel, dan moet niet alleen sprake zijn van een ter beschikking gestelde onroerende zaak, maar moet deze onroerende zaak ook dienstbaar zijn aan de onderneming en moet tegelijkertijd minimaal 5% van de aandelen worden verkregen. Aan deze laatste eis kunnen andere aanmerkelijkbelanghouders dan de erflater of de schenker nooit voldoen. Dit zou betekenen dat de objectieve onderneming van kind 2 in voorbeeld 1 niet € 2.500.000 bedraagt, maar € 2.000.000. Zijn verkrijging zou daardoor voor € 500.000 helemaal zijn vrijgesteld. Hierna gaan wij ervan uit dat de ter beschikking gestelde onroerende zaken van andere aanmerkelijkbelanghouders wel tot de objectieve onderneming moeten worden gerekend, maar helemaal zeker is dat dus niet. Art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting moet dan ook worden aangepast.

Ten tweede is de groep terbeschikkingstellers van wie de onroerende zaak tot de objectieve onderneming moet worden gerekend, niet beperkt tot aanmerkelijkbelanghouders. Art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting verwijst immers in algemene zin naar ter beschikking gestelde onroerende zaken in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001.<sup>14</sup> Dit betekent dat ook de ongebruikelijke terbeschikkingstelling door verbonden personen ex art. 3.92 lid 3 Wet IB 2001 hieronder geschaard zou kunnen worden. Nu deze verbonden personen geen "ondernemers" zijn voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 zouden de door verbonden personen ter beschikking gestelde onroerende zaken naar onze mening niet moeten worden meegenomen bij de bepaling van de omvang van de objectieve onderneming. Deze uitleg past ook binnen de gegeven delegatiebevoegdheid. Immers, ongebruikelijke terbeschikkingstellers kunnen geen onroerende zaken als bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 nalaten of schenken.

Voor de volledigheid merken wij nog op dat zowel in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 als in art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting ten onrechte geen rekening is gehouden met de schulden die betrekking hebben op de ter beschikking gestelde onroerende zaak (zie onderdeel 2.1).

### 4.3 Vennootschap participeert in samenwerkingsverband

#### 4.3.1 Algemeen

De situatie kan zich voordoen dat een BV vennoot is in een personenvennootschap, zoals een VOF. Het aandeel

van de BV-firmant in deze VOF behoort tot het ondernemingsvermogen van die BV. Dat geldt niet voor het aandeel in de VOF van de andere vennoot. Immers, dat aandeel behoort tot het ondernemingsvermogen van de andere firmant. De vraag komt dan op of dit laatste aandeel in de VOF toch tot de objectieve onderneming moet worden gerekend.

Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat het vermogen van een VOF tot de objectieve onderneming wordt gerekend.<sup>15</sup> Deze opmerking lijkt de wetgever met name te hebben gemaakt ten aanzien van een VOF waarin twee natuurlijke personen als firmant optreden.<sup>16</sup> Er bestaat naar onze mening echter geen aanleiding om het ondernemingsvermogen anders te definiëren indien een BV firmant is in de firma. Wij veronderstellen dan ook dat de wetgever, mede gelet op de beoogde rechtsvormneutraliteit, een samenwerkingsverband met firmanten-BV's niet anders heeft willen behandelen dan een samenwerkingsverband met firmanten-natuurlijke personen. Een tegengestelde zienswijze is niet in overeenstemming met de economische realiteit. Bovendien zou het in strijd zijn met de doelstelling van de 100%-vrijstelling om per firma-aandeel de 100%-vrijstelling toe te kennen.

#### Voorbeeld 3

Aandeelhouder 1 en 2 hebben ieder een eigen BV. Deze BV's participeren elk voor 50% in een VOF. De onderneming van de firma is € 2.000.000 waard. Beide aandeelhouders schenken hun aandelen aan hun kinderen. Kind 1 verkrijgt € 1.000.000 en kind 2 eveneens € 1.000.000. De objectieve onderneming bedraagt € 2.000.000. Het aandeel van BV 1 in de objectieve onderneming is € 1.000.000 (50% x € 2.000.000). Ter zake van de verkrijging van de aandelen in BV 1 door kind 1 is dan € 500.000 (1.000.000/2.000.000 x 1.000.000) vrijgesteld tegen 100%. Hetzelfde geldt ter zake van de verkrijging van kind 2. De totale vrijstelling komt daarmee op € 1.000.000. Deze uitkomst strookt met de bedoeling van de 100%-vrijstelling. Zou alleen van het onderne-

<sup>15</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D. p. 2.

<sup>16</sup> In Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D. p. 2 benoemt de wetgever eerst het objectieve ondernemingsvermogen in de winstfeer, waartoe dus het vermogen van de firma behoort, om vervolgens op te merken: "In geval van een BV, behoort het ondernemingsvermogen van de BV tot de objectieve onderneming." Ook uit de voorbeelden die in onder ander de Toelichting (p. 11-13) zijn gegeven, kan worden afgeleid dat de wetgever alleen oog heeft gehad voor het samenwerkingsverband in de winstfeer.

<sup>14</sup> Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 79, p. 2.

mingsvermogen van de BV's worden uitgegaan, dan zou bij beide verkrijgers € 1.000.000 zijn vrijgesteld.

De opmerking in de parlementaire geschiedenis dat het firmavermogen volledig tot de objectieve onderneming behoort, moet dus ook gelden in de aanmerkelijkbelangsfeer. In beide gevallen is de objectieve onderneming dus de onderneming van de firma. Ook de uitbreiding met onroerende zaken ter beschikking gesteld door de firmanten (art. 7 lid 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting) is van toepassing. Ander buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen daarentegen behoort niet tot de objectieve onderneming (zie ook onderdeel 2.2). In het volgende onderdeel wordt ingegaan op de door de aanmerkelijkbelanghouders ter beschikking gestelde panden.

#### 4.3.2 Ter beschikking gestelde panden

Art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting beoogt om onroerende zaken die ter beschikking zijn gesteld aan de onderneming als bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 tot de objectieve onderneming te rekenen. Daartoe is bepaald dat de onroerende zaak 1) ter beschikking moet zijn gesteld aan de BV en 2) dienstbaar moet zijn aan de (objectieve) onderneming van die BV.

Indien de aanmerkelijkbelanghouder het pand ter beschikking stelt aan een BV die participeert in een samenwerkingsverband en het pand dienstbaar is aan de onderneming van het samenwerkingsverband, zou het pand naar de bedoeling van de wetgever tot de objectieve onderneming moeten worden gerekend. Nu echter in art. 7 lid 2 de eis wordt gesteld dat het pand dienstbaar moet zijn aan de onderneming van de BV, is dat niet het geval. Weliswaar hoort het firmavermogen tot het objectieve ondernemingsvermogen van de BV voor de toepassing van de 100%-vrijstelling, maar dat betekent niet dat de BV de objectieve onderneming drijft.<sup>17</sup> Dat doet het samenwerkingsverband. Er is dus niet voldaan aan de tweede eis van art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

Als het pand niet ter beschikking is gesteld aan de BV maar aan het samenwerkingsverband, behoort het pand evenmin tot de objectieve onderneming. In art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is immers bepaald dat de onroerende zaak ter beschikking moet

zijn gesteld aan de BV en dat is met de terbeschikkingstelling aan het samenwerkingsverband niet het geval.<sup>18</sup>

#### Voorbeeld 4

Als voorbeeld 1 alleen nu zijn de twee BV's firmant in een VOF. Zowel de terbeschikkingstelling aan de BV als de terbeschikkingstelling aan de VOF leiden tot de volgende uitkomst. De verkrijgingen van beide kinderen ondergaat geen wijziging. De objectieve onderneming is echter voor beide kinderen € 2.000.000 in plaats van € 2.500.000, omdat het pand niet voldoet aan de vereisten van art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting. Dit heeft tot gevolg dat bij kind 1 € 750.000 ( $1.500.000/2.000.000 \times 1.000.000$ ) is vrijgesteld tegen 100%. Bij kind 2 is € 500.000 ( $1.000.000/2.000.000 \times 1.000.000$ ) helemaal vrijgesteld. In totaal is dus € 1.250.000 helemaal vrijgesteld.

Hoewel in bedrijfseconomische zin tussen voorbeeld 1 en voorbeeld 4 geen verschil bestaat in de omvang van het ondernemingsvermogen is de uitkomst wel verschillend. Vanwege de beoogde parallel met buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen zal de wetgever deze uitkomst niet voor ogen hebben gestaan. Buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken heeft de wetgever juist uitdrukkelijk tot de objectieve onderneming willen rekenen.<sup>19</sup> Bovendien wordt meer dan € 1.000.000 volledig vrijgesteld, hetgeen evenmin de bedoeling is geweest. In art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting moet dan ook worden bepaald dat ook de terbeschikkingstelling van een pand aan een samenwerkingsverband waarvan een BV deel uitmaakt tot de objectieve onderneming wordt gerekend.

## 5 Holdingstructuren

### 5.1 Algemeen

Op grond van art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 kwalificeren aanmerkelijkbelangaandelen alleen voor de bedrijfsopvolgingsregeling voor zover de BV een onderneming drijft. In geval van een holdingstructuur zal de holding veelal geen onderneming drijven. Om die reden is in art. 35c lid 5 SW 1956 een toerekeningsregel opgenomen. Onder voorwaarden worden de bezittingen en schulden van de werkmaatschappij aan de holding toegerekend; een en ander met inachtneming van de waar-

<sup>17</sup> Zou dit wel het geval zijn, dan zou er bij de erflater of schenker (of zijn BV) geen buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen bestaan.

<sup>18</sup> In art. 3.92 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 is de terbeschikkingstelling aan een samenwerkingsverband waarvan de BV deel uitmaakt wel apart als een werkzaamheid gedefinieerd. Er is bij de aanmerkelijkbelanghouder overigens evenmin sprake van buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen.

<sup>19</sup> Zie verder onderdeel 3.2, bijlage 1, WFR 2016/161.

de van het belang van de holding in de werkmaatschappij. Indien de holding bijvoorbeeld 40% van de aandelen in de werkmaatschappij heeft, wordt dus 40% van de bezittingen en schulden toegerekend. Vervolgens vindt op holdingniveau de toets plaats of een onderneming wordt gedreven en zo ja, met welk vermogen dat gebeurt. Dit laatste leidt er bijvoorbeeld toe dat als de holding een pand heeft dat binnen de onderneming van de werkmaatschappij wordt gebruikt, dit pand tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend.<sup>20</sup> Zonder nadere regeling zou vervolgens de 100%-vrijstelling op dat ondernemingsvermogen worden toegepast, zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met het 60%-belang van de andere aandeelhouder. Vandaar dat in art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is bepaald dat de schulden en bezittingen voor het geheel in aanmerking worden genomen voor zover zij ondernemingsvermogen vormen als bedoeld in art. 35c SW 1956. Dit betekent dat voor de toepassing van de 100%-vrijstelling niet alleen rekening moet worden gehouden met het toegerekende deel van de onderneming van de werkmaatschappij, maar met de volledige waarde daarvan.

#### Voorbeeld 5

Aandeelhouder 1 en 2 hebben ieder een eigen holding-vennootschap. Beide vennootschappen hebben 50% van de aandelen in een werkmaatschappij. De onderneming van de werkmaatschappij is € 2.000.000 waard. Beide aandeelhouders schenken hun aandelen in de holdingvennootschappen aan hun kinderen. Kind 1 verkrijgt € 1.000.000 en kind 2 eveneens € 1.000.000. De objectieve onderneming bedraagt door de toepassing van art. 7, derde lid, Uitvoeringsregeling Schenk- en erfbelasting € 2.000.000. De verkrijging van kind 1 is dan voor € 500.000 helemaal vrijgesteld ( $1.000.000 / 2.000.000 \times 1.000.000$ ). Hetzelfde geldt voor kind 2. De totale 100%-vrijstelling komt daarmee op € 1.000.000. Deze uitkomst strookt met de bedoeling van de 100%-vrijstelling en bovendien wordt geen onderscheid gemaakt tussen een enkelvoudige BV-structuur en een holdingstructuur. Zou alleen van het ondernemingsvermogen van de holdingvennootschappen worden uitgegaan, dan zou bij beide verkrijgers € 1.000.000 volledig zijn vrijgesteld.

### 5.2 Ter beschikking gestelde panden

Art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting heeft de bedoeling om onroerende zaken die ter beschikking zijn gesteld aan de onderneming als bedoeld in art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 tot de objectieve onderneming te rekenen. Daartoe is bepaald dat de onroerende

zaak ter beschikking moet zijn gesteld aan de BV en dienstbaar moet zijn aan de onderneming van de vennootschap. In geval van een holdingstructuur kan de aanmerkelijkbelanghouder het pand rechtstreeks verhuren aan de werkmaatschappij of aan zijn holding, die het pand vervolgens doorverhuurt aan de werkmaatschappij. De vraag is of beide situaties door art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (kunnen) worden gedekt.

Stel, een aanmerkelijkbelanghouder heeft 100% in een holding en de holding heeft 100% in de werkmaatschappij. De aanmerkelijkbelanghouder verhuurt het pand aan de holding. In dat geval is geen sprake van een verhuur van een pand aan een BV die een onderneming drijft. Immers, de holding drijft feitelijk geen onderneming. Dit is alleen anders als we aannemen dat door de toerekeningsregel van art. 35c lid 5 SW 1956 de holding wordt geacht de onderneming te drijven. In dat geval is het pand wel ter beschikking gesteld aan een BV die, bij fictie, een onderneming drijft en is het pand dienstbaar aan de – toegerekende – onderneming van die BV. Wij menen dat deze gedachtegang gevolgd zou moeten worden, omdat de toerekeningsregel van toepassing is op heel hoofdstuk IIIA en de daarop berustende bepalingen (art. 35c lid 5, eerste volzin SW 1956). Art. 35c lid 5 SW 1956 werkt dus ook voor art. 35b jo. art. 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting. In deze gedachtegang valt de terbeschikkingstelling aan de werkmaatschappij echter buiten de objectieve onderneming. Immers, de onderneming is volledig toegerekend aan de holding en dus drijft de werkmaatschappij, bij fictie, geen onderneming meer. In geval van verhuur van een pand aan een werkmaatschappij zou dus de werkelijke situatie als uitgangspunt moeten worden genomen. Uitgaande van de werkelijkheid gaat het vervolgens weer fout als het pand ter beschikking is gesteld aan de holding, enz. Kortom, of nu de werkelijkheid of de fictieve situatie als uitgangspunt wordt genomen, ergens gaat het mis. Art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting moet daarom worden aangepast in die zin dat het niet uit moet maken aan welke BV in het concern de onroerende zaak ter beschikking wordt gesteld.

### 5.3 Omissie ondernemingsvermogen andere holding

Om recht te doen aan de doelstelling van de 100%-vrijstelling moet ook rekening worden gehouden met ondernemingsvermogen dat niet direct of indirect toebehoort aan de schenker of erflater. Dit ondernemingsvermogen behoort niet automatisch tot de objectieve onderneming omdat het “in een andere staak” zit. Het ondernemingsvermogen van de andere aandeelhouder moet daarom uitdrukkelijk tot de objectieve onderneming worden gerekend. Ter beschikking gestelde onroerende zaken van andere aanmerkelijkbelanghouders behoren op grond van art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling

<sup>20</sup> Zie voor een ander voorbeeld HR 22 april 2016, V-N 2016/24.13 inzake indirecte belangen kleiner dan 5%.



schenk- en erfbelasting dan ook tot de objectieve onderneming (onderdeel 5.2). Art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zorgt er verder voor dat voor de toepassing van de 100%-vrijstelling ook rekening wordt gehouden met aandeel van de holding in de werkmaatschappij (onderdeel 5.1). Er is echter niets geregeld voor het overige ondernemingsvermogen van de holding. Indien deze holding bijvoorbeeld het bedrijfspand bezit, behoort dit pand daarom niet tot de objectieve onderneming. Hierdoor kan meer dan € 1.000.000 worden vrijgesteld.

#### Voorbeeld 6

Aandeelhouder 1 en 2 hebben ieder een holding. De holdings bezitten elk 50% in een werkmaatschappij. De werkmaatschappij is € 2.000.000 waard. Daarnaast verhuurt de holding van aandeelhouder 1 een bedrijfspand aan de werkmaatschappij met een waarde van € 500.000. Beide aandeelhouders schenken hun aandelen aan hun kinderen. Kind 1 verkrijgt derhalve € 1.500.000 en kind 2 € 1.000.000. Op grond van art. 35b lid 1 SW 1956 jo. art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bedraagt de objectieve onderneming voor kind 1 € 2.500.000. Hij heeft dus recht op een vrijstelling van € 600.000 ( $1.500.000 / 2.500.000 \times 1.000.000$ ). Voor kind 2 bedraagt de objectieve onderneming echter maar € 2.000.000 en niet € 2.500.000. Met betrekking tot het pand van holding 1 is namelijk niet bepaald dat dit pand voor de andere aandeelhouder tot de objectieve onderneming behoort. De verkrijging door kind 2 is dus voor € 500.000 vrijgesteld ( $1.000.000 / 2.000.000 \times 1.000.000$ ). Per saldo is € 1.100.000 helemaal vrij.

Deze uitwerking is niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Ten eerste ontstaat een verschil met situaties die in economische zin hetzelfde zijn, zoals met de terbeschikkingstelling vanuit privé. Ten tweede is beoogd om per objectieve onderneming maximaal € 1.000.000 (cijfer 2010) helemaal vrij te stellen.<sup>21</sup> Dat meer dan € 1.000.000 wordt vrijgesteld, komt doordat het objectieve ondernemingsvermogen niet juist is gedefinieerd.

Bepaald zou moeten worden dat ook tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend het vermogen van vennootschappen van andere aanmerkelijkbelanghouders voor zover dat vermogen ondernemingsvermogen zou zijn als art. 35c lid 5 SW 1956 ook op die vennootschappen van toepassing zou zijn. Een dergelijke aanpassing maakt de regelgeving nog ingewikkelder. De uitvoering zal ook meer complex worden omdat dan nog meer dan nu het geval is, rekening moet worden gehouden met de

waarde van vermogensbestanddelen die niet tot het vermogen van de erflater of schenker behoren.

#### 5.4 Verkrijging indirect gehouden werkmaatschappij

De bedrijfsopvolgingsregeling is geschreven voor het schenken of vererven van direct gehouden belangen. Dat neemt niet weg dat de wetgever ook de zogenoemde bedrijfsopvolgingen "bovenover" of "onderlangs" mogelijk heeft willen maken.<sup>22</sup> De verdere invulling daarvan is overgelaten aan de uitvoeringssfeer. De staatssecretaris heeft in dat kader laatstelijk in onderdeel 3.8 van zijn besluit van 17 januari 2013 goedgekeurd dat ook op de schenking of vererving van een indirect gehouden belang de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing is.<sup>23</sup> Daarbij gelden uiteraard wel de overige voorwaarden en uitgangspunten van de bedrijfsopvolgingsregeling. Het besluit schrijft dan ook voor dat voor de toepassing van de 100%-vrijstelling moet worden uitgegaan van de waarde van de objectieve onderneming zoals die wordt toegerekend aan de holding. Er moet, conform art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, dus rekening worden gehouden met de waarde van het totale concern waarin de schenker aandeelhouder is. Op deze wijze wordt voorkomen dat per afzonderlijke werkmaatschappij € 1.000.000 zou kunnen worden vrijgesteld.<sup>24</sup>

Heeft een houdstervenootschap meerdere werkmaatschappijen en is een van de werkmaatschappijen onderlangs geschonken, dan is de vraag hoe de 100%-vrijstelling toegepast moet worden ingeval enige tijd later de resterende werkmaatschappij(en) worden geschonken. Hoewel een imputatie van de eerdere verleende € 1-mio vrijstelling voor de hand zou liggen, biedt het besluit hiervoor geen basis. In het besluit staat "slechts" dat de gewone regels van de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing zijn. In die regels is niets aangegeven ten aanzien van een eerder verleende 100%-vrijstelling. Door gefaseerd de werkmaatschappijen onderlangs te

<sup>22</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 7-8. Dit betreft de situatie dat de holding de aandelen in de werkmaatschappij om niet overdraagt aan bijvoorbeeld een kind. Fiscaal is dan sprake van een uitdeling gevolgd door een schenking aan het kind.

<sup>23</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, Stcrt. 2012, 2175, onderdeel 3.8, V-N 2013/8.17. Voor de volledigheid merken wij op dat een dergelijke goedkeuring ontbreekt voor de toepassing van de doorschuifregelingen in de aanmerkelijkbelangsfere.

<sup>24</sup> Indien echter feitelijk sprake is van een aparte objectieve onderneming, zou het overige ondernemingsvermogen van het concern er naar onze mening niet toe mogen doen. Zie onderdeel 6.3.

<sup>21</sup> Zie onderdeel 2.2, bijdrage I, WFR 2016/161.

schenken zou de € 1 mio-vrijstelling dus meermaals benut kunnen worden.

#### Voorbeeld 7

Een vader heeft 100% in een holding. Deze holding heeft 60% belangen in 20 werkmaatschappijen. Zijn zoon houdt via zijn holding de overige 40%. Iedere werkmaatschappij is € 1.000.000 waard. De holding van vader draagt werkmaatschappij 1 om niet over aan de holding van de zoon. De verkrijging van de zoon bedraagt € 600.000. De objectieve onderneming is € 20.000.000 waard. De 100%-vrijstelling bedraagt dan € 30.000 ( $600.000 / 20.000.000 \times 1.000.000$ ). Bij de schenking van werkmaatschappij 2 bedraagt de 100%-vrijstelling € 31.579 ( $600.000 / 19.000.000 \times 1.000.000$ ) enz. Uiteindelijk is dan € 2.158.644 tegen 100% vrijgesteld.

Hoewel met een imputatieregeling dit te voorkomen is, brengt een dergelijke regeling de nodige uitvoeringstechnische complexiteit met zich. Hieraan zou deels tegemoet kunnen worden gekomen door belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden om bij een indirecte schenking een beroep op de € 1 mio-vrijstelling achterwege te laten. Uiteraard blijft dan ten aanzien van het resterende concern wel de volledige € 1 mio-vrijstelling behouden.

## 6 Meerdere objectieve ondernemingen mogelijk

### 6.1 Meerdere aanmerkelijkbelangposities

Voor de IB-ondernemer geldt dat hij gelijktijdig meerdere objectieve ondernemingen kan drijven. Indien hij bijvoorbeeld een fietsenzaak, een broodjeswinkel en een bloemenwinkel heeft, is geen sprake van één onderneming maar van drie ondernemingen. Of hij recht heeft op bijvoorbeeld de zelfstandigenaftrek, de startersaftrek en/of de investeringsaftrek wordt per onderneming beoordeeld. Vanwege de uitdrukkelijke aansluiting bij art. 3.2 Wet IB 2001 geldt dit ook voor de toepassing van de 100%-vrijstelling. De € 1 mio-vrijstelling is per objectieve onderneming van de erflater of schenker van toepassing. Dit is juist omdat de 100%-vrijstelling bedoeld is om kleine ondernemingen een extra voordeel te geven. Dat de IB-ondernemer in geval van bijvoorbeeld schenking van de fietsenzaak nog andere ondernemingen heeft, is voor de toepassing van de 100%-vrijstelling terecht irrelevant.

Om gelijkheid tussen de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfere te bewerkstelligen, zou hetzelfde moeten gelden voor de aanmerkelijkbelanghouder. Een schenker of een erflater met drie BV's, met daarin een fietsenzaak, een broodjeswinkel en een bloemenwinkel

heeft voor de toepassing van de 100%-vrijstelling dan ook drie objectieve ondernemingen. Er kan dus drie keer een beroep worden gedaan op de 100%-vrijstelling. In het geval één BV meerdere objectieve ondernemingen drijft, zou de 100%-vrijstelling ook evenzoveel keren van toepassing moeten zijn (onderdeel 5.2). In geval van een holdingstructuur zou uit de parlementaire behandeling echter kunnen worden afgeleid dat slechts sprake kan zijn van één objectieve onderneming (onderdeel 5.3).

### 6.2 Enkelvoudige BV met meerdere objectieve ondernemingen

In het atypische geval dat er bijvoorbeeld drie ondernemingen in één BV worden gedreven, zou naar onze mening drie keer recht moeten bestaan op de 100%-vrijstelling. Aan de wettekst zou echter een argument ontleend kunnen worden voor het standpunt dat een vennootschap voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling maximaal één objectieve onderneming kan drijven. Voor zover van belang luidt art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 als volgt:

“(…) mits het lichaam (...) een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a [lees: een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001, of een gedeelte daarvan; AdB/MH], (...) en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen toerekenbaar (...) aan: bedoelde onderneming.”

Deze wettelijke bepaling spreekt dus over “een onderneming” en niet over “ondernemingen”. Deze tekst lijkt daardoor enerzijds te veronderstellen dat de BV maar één objectieve onderneming kan hebben, of dat, voor zover er meerdere ondernemingen te onderkennen zijn deze als het ware worden getransformeerd tot één onderneming.<sup>25</sup> Anderzijds kan vanwege de verwijzing naar art. 3.2 Wet IB 2001 ook worden verdedigd dat er wel meerdere ondernemingen kunnen zijn. Immers, art. 3.2 Wet IB 2001 betreft altijd een enkele objectieve onderneming. Wij geven vanuit de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het algemeen en vanuit de ratio van de 100%-vrijstelling, alsmede vanwege de gelijkheid tussen de IB-ondernemer en de aanmerke-

<sup>25</sup> Deze zienswijze heeft ook gevolgen voor de bezitsei van art. 35d SW 1956. De stelling zou dan zijn dat indien ten aanzien van een onderneming van de BV is voldaan aan de bezitsei, ook ten aanzien van alle andere activiteiten van die BV is voldaan aan de bezitsei. Zie A.M.A. de Beer, ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, WFR 2015/1319, onderdeel 7.2 en 7.3.1. Auteur is overigens van mening dat deze uitleg niet in overeenstemming is met de ratio van de bezitsei.

lijkbelanghouder dan ook de voorkeur aan deze laatste uitleg. Wij menen dan ook dat de letterlijke tekst van art. 35c lid 1 SW 1956 geen belemmering is om de 100%-vrijstelling meerdere keren toe te kunnen passen indien de BV meerdere objectieve ondernemingen drijft. Wij raden de wetgever wel aan om de onduidelijkheid in art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956 weg te nemen.

### 6.3 Holdingstructuren en toerekeningsregel

Of de BV waarvan de aandelen worden verkregen feitelijk zelf de verschillende ondernemingen drijft, of dat dit het geval is als gevolg van de toepassing van de toerekeningsregel van art. 35c lid 5 SW 1956 zou geen verschil mogen maken. Ook dan zou moeten worden beoordeeld hoeveel objectieve ondernemingen de BV – door de toerekening – drijft. Het volgende voorbeeld in de toelichting bij art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is echter niet in overeenstemming met deze zienswijze:<sup>26</sup>

“In het derde lid van artikel 7 van de Uitvoeringsregeling erf- en schenkbelasting is een voorziening getroffen voor situaties waarin de werkmaatschappijen worden gehouden door een holdingvennootschap. In dat geval moet de waarde van de objectieve onderneming worden bepaald vanuit het totale concern waartoe de vennootschap behoort waarin de aandelen of winstbewijzen worden verkregen. Door aan te sluiten bij deze concerngedachte wordt bereikt dat in de situatie waarin een aandeelhouder 100% van de aandelen in een holding bezit met daaronder 20 werkmaatschappijen, waarin per werkmaatschappij een onderneming wordt gedreven met een waarde van € 1.000.000, bij overlijden of bij schenking van het gehele pakket niet € 20 mln volledig is vrijgesteld, maar € 16.770.000 (€ 1.000.000 + 83% van € 19.000.000). Hiermee wordt bereikt dat de 100% wordt verleend aan MKB-ondernemingen, waarvoor de vrijstelling is bedoeld.”

Uit het voorbeeld lijkt opgemaakt te kunnen worden dat voor toepassing van de 100%-vrijstelling een concern slechts één objectieve onderneming kan drijven.<sup>27</sup> Niet relevant lijkt te zijn of de ondernemingsactiviteiten na toerekening van de bezittingen en de schulden aan de holding, naar inkomstenbelastingmaatstaven nog zijn te splitsen in meerdere objectieve ondernemingen (bijvoorbeeld omdat de aard van de activiteiten sterk uiteenloopt). Toch is enige twijfel op zijn plaats. Ten eerste kan niet volledig worden uitgesloten dat er

bij het aangehaalde voorbeeld van is uitgegaan dat ook geconsolideerd gezien naar IB-maatstaven sprake is van één objectieve onderneming. In de praktijk zal dat vaak ook het geval zijn. Ten tweede stond bij de herziening van de bedrijfsopvolgingsregeling de rechtsvormneutraliteit bij de wetgever hoog in het vaandel.<sup>28</sup> Het had dan ook voor de hand gelegen dat een inbreuk hierop explicieter zou zijn gemotiveerd. Ten derde beoogt art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting juist te voorkomen dat er een verschil bestaat tussen directe en indirecte aandelenposities.<sup>29</sup> Het ligt dan niet voor de hand dat het bij een enkelvoudige BV-structuur wel mogelijk zou zijn om meerdere objectieve ondernemingen te hebben en bij holdingstructuren niet.

Weliswaar heeft de wetgever aangegeven dat voor de bepaling van de omvang van de objectieve onderneming moet worden uitgegaan van de concerngedachte, maar daarbij lijkt hij met name de situatie op het oog te hebben gehad waarbij de holding niet het volledige belang heeft in de werkmaatschappij.<sup>30</sup> Zonder nadere regelgeving zou voor de bepaling van de omvang van het objectieve ondernemingsvermogen voor de toepassing van de 100%-vrijstelling het aandeel van de andere aandeelhouders in de objectieve onderneming namelijk niet meetellen. Art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting beoogt dan ook te regelen dat dit wel gebeurt (zie onderdeel 6.1). In geval van een 100%-belang is art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting echter helemaal niet nodig, omdat dan alle bezittingen en schulden op grond van art. 35c lid 5 SW 1956 al aan de holding worden toegerekend.<sup>31</sup> In die zin is het hiervoor geciteerde voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis bij art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bijzonder te noemen. In het voorbeeld is namelijk sprake van een holdingvennootschap met louter 100%-belangen.

Gegeven het voorgaande menen wij dan ook dat ook in geval art. 35c lid 5 SW 1956 van toepassing is, beoordeeld zou moeten worden of de holding meerdere objectieve ondernemingen drijft. Zoals ook is aangegeven in de onderdelen 6.1 en 6.2 moet de 100%-vrijstelling per objectieve onderneming worden aangelegd en niet naar de omvang van het totale ondernemingsvermogen van de schenker of erflater.

<sup>26</sup> Toelichting, p. 10. Zie ook Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 8, waarin is aangegeven dat de 100%-vrijstelling moet worden toegepast vanuit een concernbenadering.

<sup>27</sup> In deze zin E.J.W. Heithuis, ‘Een ongelukkig amendement’, WFR 2010/348.

<sup>28</sup> O.a. Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

<sup>29</sup> Toelichting, p. 11.

<sup>30</sup> Zie Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 7. Zie ook Toelichting, p. 11 waarin een voorbeeld is opgenomen waarop art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting wel ziet.

<sup>31</sup> Ook in geval van een zogenoemde schenking onderlangs wordt uitgegaan van deze concernbenadering. Zie onderdeel 5.4.

## 7 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de wettekst ter zake van de 100%-vrijstelling ook voor de aanmerkelijkbelangsfeer gebrekkig is geformuleerd. Wij onderschrijven de conclusie van de staatssecretaris dat de berekening van de 100%-vrijstelling geen problemen oplevert in de uitvoering, dan ook niet. Tevens wordt de doelstelling van de 100%-vrijstelling ook in de aanmerkelijkbelangsfeer niet steeds bereikt. Wij hebben de volgende knelpunten gesignaleerd.

1. De vennootschap kan vermogensbestanddelen bezitten die geen deel uitmaken van de objectieve onderneming. De in dat kader gesignaleerde problemen in de winstsfeer zijn daarmee in gelijke mate aan de orde in de aanmerkelijkbelangsfeer (zie bijdrage 1, onderdeel 4, *WFR* 2016/161).
2. In art. 35b lid 1 onderdeel a SW 1956 jo. art. 7 lid 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is verzuimd de schulden die samenhangen met buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken mee te nemen. Dit geldt ook voor art. 35c lid 1 onderdeel d SW 1956 jo. art. 35b lid 1 onderdeel a SW 1956 jo. art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.
3. In geval van meerdere aanmerkelijkbelanghouders met ieder een eigen holding, is voor de afbakening van de objectieve onderneming geen rekening gehouden met het ondernemingsvermogen van de andere holdings dan die van de schenker of erflater.
4. De rechtsvormneutraliteit brengt met zich dat voor toepassing van de 100%-vrijstelling een vennootschap (al dan niet na toepassing van art. 35c lid 5 SW 1956) ook meerdere objectieve ondernemingen kan drijven. De visie van de wetgever is echter niet helder op dit punt.
5. Voor ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen geldt het volgende.
  - Ook andere ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen dan onroerende zaken zouden moeten kwalificeren als ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW. Deze vermogensbestanddelen moeten dan bovendien tot de objectieve onderneming worden gerekend.
  - Art. 35b lid 1, laatste volzin SW 1956 jo. art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting kent de groep kwalificerende ter beschikking stellingen niet “zuiver” af tot terbeschikkingstellingen door de erflater of schenker alsmede door andere aanmerkelijkbelanghouders.
  - Ingevolge art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting kan het voor het antwoord op de vraag of de onroerende zaak tot de objectieve onderneming wordt gerekend, uitmaken of het pand direct dan wel indirect (via de holding) ter beschikking wordt gesteld aan de werkmaatschappij. In alle gevallen zou het pand echter tot de objectieve onderneming gerekend moeten worden.
6. Bij een verkrijging van een deel van het ondernemingsvermogen kan de 100%-vrijstelling gedeeltelijk verloren gaan als door de schenking of vererving ondernemingsvermogen “van kleur verschiet” in beleggingsvermogen. Bij de bepaling van de objectieve onderneming zouden deze vermogensbestanddelen daarom in een dergelijk geval niet meegenomen moeten worden.
7. Door gefaseerd “onderlangs” te schenken kan meermaals een beroep worden gedaan op de 100%-vrijstelling. Met een imputatieregeling kan dit worden voorkomen.

Om de 100%-vrijstelling in overeenstemming met haar doelstellingen te brengen, is in ieder geval vereist dat al het vermogen dat wordt gebruikt om de onderneming te drijven tot de objectieve onderneming wordt gerekend. Voor de winstsfeer hebben wij een vergelijkbare conclusie getrokken. Tevens hebben wij daar opgemerkt dat een dergelijke aanpassing de regelgeving niet alleen technisch ingewikkeld maakt, maar ook dat de uitvoering meer complex zal worden. Deze conclusie kan zonder meer ook worden doorgetrokken naar de aanmerkelijkbelangsfeer.

Beter zou het daarom zijn om afscheid te nemen van de gedifferentieerde vrijstelling en terug te keren naar één vrijstellingpercentage.